

-DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS-

(2ª PARTE). LEI N.º 13.303/2016.

TOSHIO MUKAI*

CAPÍTULO I – DAS LICITAÇÕES.

SEÇÃO III – DAS NORMAS ESPECIFICAS PARA OBRAS E SERVIÇOS.

O Art. 42 dispõe o seguinte: *“Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:*

(Obs.: - Aqui, embora a Lei não diga “serviços de engenharia”, pela leitura das diversas disposições que virão a seguir, veremos que onde a lei fala em “serviços”, não se tratam de quaisquer serviços, mas sim apenas os serviços de engenharia são aqui disciplinados, juntamente com as obras de engenharia).

- I. *empreitada por preço unitário: contratação por preço certo de unidades determinadas;*
- II. *empreitada por preço global: contratação por preço certo e total;*
- III. *tarefa: contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material;*

- IV. empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada;
- V. contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§1º e 3º deste artigo.

(Obs.: O §1º deste artigo dispõe sobre condições que o instrumento convocatório das contratações semi-integradas e integradas deverão conter; O §3º dispõe que nas contratações semi-integradas e integradas, os riscos decorrentes de fatos superveniente à contratação associada à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos).

VI. contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§1, 2º e 3º deste artigo;

(Obs.: a contratação integrada foi introduzida no sistema licitatório do País pela Lei federal n.º 12.462, de 4.8.11 (art. 9º, §1º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” incisos II, III, §3º e 4º, I; II);

VII. anteprojeto de engenharia: peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente os seguintes elementos:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

b) condições de solidez, segurança e durabilidade e prazo de entrega;

c) estética do projeto arquitetônico;

d) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à fidelidade na execução, aos impactos ambientais à acessibilidade;

- e) *concepção da obra ou serviço de engenharia;*
- f) *projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;*
- g) *levantamento topográfico e cadastral;*
- h) *parecer de sondagem;*
- i) *memorial descritivo dos elementos da edificação dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;*

VIII. projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no §3º, caracterizar a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) *desenvolvimento da solução escolhida, de forma a fornecer visão global da obra e a identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;*

- b) *soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;*
- c) *identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- d) *informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- e) *subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso.*
- f) *(VETADO).*

IX. *projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes;*

- X. matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:
- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
 - b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
 - c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico de licitação.

- §1º - *“As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos:*

- I. o instrumento convocatório deverá conter:*
 - a) anteprojeto de engenharia, no caso de contratação integrada, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares;*
 - b) projeto básico, nos casos de empreitada por preço unitário, de empreitada por preço global, de empreitada integral e de contratação semi-integrada, nos termos definidos neste artigo;*
 - c) documento técnico, com definição precisa das frações do empreendimento em que haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas;*

d) *matriz de riscos*

II. *o valor estimado do objeto a ser licitado será calculado com base em valores de mercado, em valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou em avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica;*

III. *o critério de julgamento a ser adotado será o de menor preço ou de melhor combinação de técnica e preço pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução;*

IV. *na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.*

- O §2º reza: “No caso dos orçamentos das contratações integradas:

I. *sempre que o anteprojeto da licitação, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço devem se basear em orçamento tão detalhado quanto possível, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares ser realizadas somente nas frações do empreendimento não*

suficientemente detalhadas no anteprojeto da licitação, exigindo-se das contratadas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento em seus demonstrativos de formação de preços;

- II. quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para balizar o valor do empreendimento ou de fração dele, consideradas as disposições do inciso I, entre 2 (duas) ou mais técnicas estimativas possíveis, deve ser utilizada nas estimativas de preço-base a que viabilize a maior precisão orçamentária, exigindo-se das licitantes, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento na motivação dos respectivos preços ofertados”.*

O §3º dispõe que nas contratações integradas ou semi integradas os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

O §4º dispõe: “*No caso das licitações de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta Lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do caput, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo; poderão ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do caput deste artigo desde que essa opção seja devidamente justificada”.*

O §4º reza: “*Para fins do previsto na parte final do §4º, não será admitida, por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da modalidade de contratação integrada, a ausência do projeto básico”.*

(Obs.: As outras modalidades previstas nos incisos do “caput” são: empreitada por preço global; empreitada integral; contratação integrada).

O Art. 43 traz os regimes de execução contratual passíveis de serem utilizados: I – empreitada por preço unitário; II – empreitada por preço global; III – contratação por tarefa; IV – empreitada integral; V – contratação semi-integrada; VI – contratação integrada.

O §1º dispõe que *“serão obrigatoriamente precedidas pela elaboração de projeto básico, disponível para exame de qualquer interessado, as licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas em que for aditado o regime previsto no inciso VI do caput deste artigo”*.

(Obs.: O inciso VI contempla o regime da *“contratação integrada”*, que, segundo o inciso VI do art. 42, necessita de projeto básico e executivo, elaborados e desenvolvidos pelo vencedor da licitação).

O §2º completa: *“É vedada a execução, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia”*.

(Obs.: Nos demais casos fora o da contratação integrada, a execução do projeto executivo deve fazer parte do objeto da licitação, com o preço fixado pela licitante).

O Art. 44 – veda a participação direta ou indireta nas licitações de obras e serviços de engenharia de que trata a Lei, das seguintes pessoas: I – de pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação; II – de pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico de licitação; III – de pessoa jurídica da qual o autor do anteprojeto ou do projeto básico da licitação seja administrador, controlador, gerente, responsável técnico,

subcontratado ou sócio, neste último caso quando a participação superar 5\$ (cinco por cento) do capital votante.

O §1º dispõe que *“a elaboração do projeto executivo constituirá encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista”*.

“§2º - É permitida a participação das pessoas jurídicas e da pessoa física de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo em licitação ou em execução de contrato, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da empresa pública e da sociedade de economia mista interessadas”.

(Obs.: Obviamente a consultoria referida e o técnico, serão contratados com base neste §2º com inexigibilidade de licitação – caput do artigo 30 da Lei n.º 13.303/16).

O Art. 45 traz uma novidade que fora introduzida pela Lei do Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei n.º 12.462, de 4.8.11). Dispõe que *“na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia (envolve todos os serviços, não só os de engenharia) poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”*.

O Parágrafo único reza: *“A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação”*.

O Art. 46 traz outra novidade:

“Art. 46 – Mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, poderá ser celebrado mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza, quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente por mais de um contratado”.

§1º - *“Na hipótese prevista no caput deste artigo, será mantido controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados”.*

§2º - (VETADO).

A SEÇÃO IV trata “Das Normas Específicas para Aquisição de Bens”.

O art. 47 dispõe que: *“A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão:*

I. indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;*
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;*

c) *quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade’.*

(Obs.: O §7º do art. 15, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 veda a indicação de marca).

II. *exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação.*

(Obs.: Nos pregões tem sido exigido, em muitos, amostras, em momentos diferentes, até mesmo nos contratos, o que é uma aberração, tudo porque as legislações dos pregões não fixam expressamente se podem ou não ser exigido amostra e o momento de sua exigência).

III. *Solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada.*

O Parágrafo único reza: “O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade de proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Meteorologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetra).”

O Art. 48 determina que será dada publicidade, com periodicidade mínima semestral, em sítio eletrônico oficial na internet de acesso irrestrito, à relação das aquisições de bens efetivadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, compreendidas as seguintes informações:

- I. identificação do bem comprado, de seu preço unitário e da qualidade adquirida;
- II. nome do fornecedor;
- III. valor total de cada aquisição.

A SEÇÃO V trata “DAS NORMAS ESPECIFICAS PARA ALIENAÇÃO DE BENS”.

O Art. 49 dispõe que a alienação de bens por empresas públicas e por sociedades de economia mista será precedida de:

- I. avaliação formal do bem contemplado, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos XVI a XVIII do art. 29.

(Obs.: Art. 29 – inciso XVI – transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta; inciso XVII – doação de bens imóveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica

relativamente à escolha de outra forma de alienação;

XVIII – na compra e venda de ações de títulos de crédito e de bens que produzam ou comercializem).

II. licitação, ressalvado o previsto no art. 28, §3º.

(Obs.: ver §3º e seus incisos I e II do art. 28).

O Art. 50 dispõe que: *“estendem-se à atribuição de ônus real de bens integrantes do acervo patrimonial de empresas públicas e sociedades de economia mista as normas desta Lei aplicável à sua alienação, inclusive em relação às hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.*

A SEÇÃO VI – trata “DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO”.

Trata-se de uma importante seção, eis que o art. 40 da Lei determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista terão que publicar e manter atualizado Regulamento Interno de licitações e contratos, contendo vários itens específicos, identificados pelos itens I a IX, e, em especial, o item IV – procedimento de licitação, e contratação direta.

O Art. 51 dispõe que as licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:

I. preparação;

- II. divulgação;
- III. apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
- IV. julgamento;
- V. verificação da efetividade dos lances e propostas;
- VI. negociação;
- VII. habilitação;
- VIII. interposição de recursos;
- IX. adjudicação do objeto;
- X. homologação do resultado ou revogação do procedimento.

O §1º determina: *“A fase de que trata o inciso VII do caput (habilitação) poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI (apresentação de lances ou de propostas; julgamento; verificação de efetividade dos lances ou propostas; negociação), desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”.*

O §2º dispõe: *“Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados pelas empresas estatais e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos no instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, dos Estados, ou do Município e na internet”.*

O Art. 52 faculta a adoção dos modos de disputa aberto ou fechado, ou, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos, observado o disposto no inciso III do art. 32 desta Lei.

(Obs.: O Art. 32 manda que sejam observadas diretrizes que indica através dos seus incisos I, II, III, IV e V).

O inciso III dispõe: *“parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda da economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II”*.

Pensamos que esta mistura, num mesmo procedimento, dos modos de disputa fechado e aberto trará enormes confusões e, ao atender um modo poderemos estar a fraudar outro modo de disputa.

O §1º do Art. 52 reza: *“No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado”*.

O §2º do Art. 52 reza: *“No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas”*.

O Art. 53 dispõe que *“quando for adotado o modo de disputa aberta, poderão ser admitidos:*

- I. a apresentação de lances intermediários;*
- II. o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente;*

Parágrafo único – Consideram-se intermediários os lances:

- I. iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta;
- II. iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

O Art. 54. estabelece os critérios de julgamento admitidos pela Lei:

I - menor preço;

II - maior desconto; (aplicado muito nas licitações para contratação de agências de viagens);

III - melhor combinação de técnica e preço; (previsto na Lei 8.666/93).

(Obs. Esse critério de julgamento tem sido utilizado, quando possível, de forma a dirigir a licitação para determinado concorrente.

Como se dá isso? Normalmente se dá um peso bem menor para as notas de preço e um peso bem maior para nota de técnica. Por exemplo: 3 para preço e 7 para técnica.

- Feitos os julgamentos de técnica, como é impossível se retirar totalmente a subjetividade neste julgamento, determinado concorrente recebe a nota maior de todas. As notas de preço são fixadas objetivamente. Não há possibilidade de subjetividade aqui.

Assim, como a nota (dada com subjetividade) de técnica tem peso 7 a nota de preço tem peso 3, evidentemente ganhará a nota técnica que fora escolhida para determinado concorrente.

Mas o inciso III do Art. 54 dispõe: III - melhor combinação de técnica e preço. Portanto a “melhor combinação” terá que ser aquela que não leve ao dirigismo na licitação. E isso somente se dará se a nota de preço tiver peso maior (bem maior) do que a de técnica. Será então 7 para preço e 3 para técnica).

IV - melhor técnica;

(Obs. Aqui será mais difícil fugir do dirigismo, porque, segundo o §1º do art. 46, o procedimento será o seguinte: aberto os envelopes com as propostas técnicas, serão as propostas analisadas segundo critérios definidos com clareza e objetividade no edital considerando várias condições dos proponentes. Classificadas as propostas abrir-se-ão os preços dos licitantes; aquelas que obtiverem a valorização mínima serão classificadas. E delas, a que oferecer o menor preço será escolhido e o que tiver obtido a melhor nota técnica será contratada com esse preço menor que houve na licitação).

V - melhor conteúdo artístico; Impossível haver objetividade nesse julgamento.

VI - maior oferta de preço; Inteiramente objetivo.

VII - maior retorno econômico; Objetivo.

VIII - melhor destinação de bens alienados.

Contém subjetividade.

O §2º traz a seguinte disposição:

“§2º Na hipótese de adoção dos critérios referidos nos incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo, o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento”.

O 3º diz que para efeito de julgamento, não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório.

O §4º dispõe que o critério previsto no inciso II do caput:

I - terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, estendendo-se o desconto oferecido nas propostas ou lances vencedores a eventuais termos aditivos;

II - no caso de obras e serviços de engenharia, o desconto incidirá de forma linear sobre a totalidade dos itens constantes do orçamento estimado, que deverá obrigatoriamente integrar o instrumento convocatório.

O §5º dispõe que *“quando for utilizado o critério referido no inciso III do caput (maior retorno econômico), os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada”*.

O §7º diz que na implementação do critério previsto no inciso VIII (melhor destinação dos alienados) do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente.

O §8º dispõe que o descumprimento da finalidade a que se refere o §7º deste artigo resultará na imediata restituição do bem alcançado ao acervo patrimonial da empresa pública ou da sociedade de economia mista, vedado, nessa hipótese, o pagamento de indenização em favor do adquirente.

(Obs. A expressão final: *“vedado, nessa hipótese, o pagamento de indenização em favor do adquirente”* é inconstitucional, eis que

haverá violação do direito de propriedade e o locupletamento ilícito da empresa estatal).

O Art. 55 trata o caso de empate, na licitação, entre duas propostas, hipótese em que serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no §2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

IV - sorteio.

O Art. 56 determina: *“Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:*

I - contenham vícios insanáveis;

II - descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis;

IV - se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação de que trata o §1º do art. 57, ressalvada a hipótese prevista no caput do art. 34 desta Lei;

(Obs. O §1º do Art. 57 dispõe: “A negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado”).

V - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

VI - apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes.

O §1º reza: “A verificação da efetividade dos lances ou propostas poderá ser feita exclusivamente em relação aos lances e propostas mais bem classificados”.

O §2º reza: “A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso V do caput”.

O §3º trata da hipótese de inexecuibilidade das propostas, nos casos de obras e serviços de engenharia, que são considerados inexecuíveis quando as propostas tenham valores globais inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

I - média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do orçamento estimado pela empresa estatal;
ou

II - valor do orçamento estimado pela empresa estatal.

O §4º reza: *“Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório”.*

O Art. 57 trata da figura da negociação. Segundo a doutrina, a negociação, em princípio somente cabe com relação ao vencedor da licitação.

O referido artigo dispõe:

“Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou”.

O §1º já referido, dispõe que a negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado.

O §2º foi vetado.

O §3º dispõe que “Se depois de adotada a providência referida no §1º deste artigo não for obtido valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, será revogada a licitação”.

O Art. 58 passa a tratar da Habilitação.

Diz: “A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço”.

O §1º dispõe: “Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados”.

O §2º dispõe: “Na hipótese do §1º, reverterá a favor da empresa pública ou da sociedade de economia mista o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o valor da quantia eventualmente exigido no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado”.

O Art. 59, estabelece que: “Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única”.

§1º Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa

fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.

(Obs. O inciso IV do art. 51 contempla a fase de “juízo”, e o inciso V, a fase de “verificação de efetividade dos lances ou propostas”).

O §2º reza que *“na hipótese de inversão de fases, o prazo referido no §1º será aberto após a habilitação e após o encerramento da fase prevista no inciso V do caput do art. 51, abrangendo o segundo prazo também atos decorrentes da fase referida no inciso IV do caput do art. 51 desta Lei”*.

O Art. 60 trata da homologação do resultado que implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor.

(A homologação é o ato de autoridade superior que examina a regularidade de todos os atos praticados pela Comissão de licitação ou pelo pregoeiro e, estando tudo correto, aprova o procedimento licitatório).

O Art. 61 dispõe que a empresa pública e a sociedade de economia mista não poderão celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação.

O Art. 62 dispõe que: *“Além das hipóteses previstas no §3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do §2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado”*.

§1º A anulação da licitação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, observado o disposto no §2º deste artigo. Observado o disposto no §2º deste artigo.

(Obs. A redação não está perfeita, mas o dispositivo quer dizer que, a anulação da licitação não induz o direito do licitante vencedor ou outrem a obter indenização de empresa estatal).

O §2º dispõe que a nulidade da licitação induz à do contrato.

O §3º dispõe que “depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do caput do art. 51 desta Lei, a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa”.

O §4º dispõe: “O disposto no caput e nos §§1º e 2º deste artigo aplica-se, no que couber, aos atos por meio dos quais se determine a contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação)”.

A SEÇÃO VII trata “Dos Procedimentos Auxiliares das Licitações”.

O Art. 63 reza: “São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

II - cadastramento;

III - sistema de registro de preços;

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento”.

O Art. 64 define a pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§1º - O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.

§2º - A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

O §3º: A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

O §4º: A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

O §5º: A pré-qualificação terá validade de um ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

O §6º: Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

O §7º: É obrigatória a divulgação dos produtos e dos interessados que forem pré-qualificados.

O Art. 65 trata dos Registros Cadastrais, que poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§1º - Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

§2º - Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.

§3º - A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

§4º - A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral.

O Art. 66 trata do Sistema de Registro de Preços, especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-ão pelo disposto em decreto do Poder Executivo e pelas seguintes disposições:

§1º - Poderá aderir ao sistema referido no caput qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

§2º - O registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:

I - efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;

IV - definição da validade do registro;

V - inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

O §3º dispõe: *“A existência de preços registrados não obriga a administração pública a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições”.*

O Art. 67 dispõe sobre o *“catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, que consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa estatal que estarão disponíveis para a realização de licitação”.*

Parágrafo único. O catálogo referido no caput poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o menor preço ou o maior desconto e conterá toda a documentação e todos os procedimentos da fase

interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

(Obs. Até que enfim uma legislação que disciplina o registro de preços não contempla a figura criminosa do “carona”).

Chegamos ao **CAPÍTULO II**

- DOS CONTRATOS -

A SEÇÃO I trata da “Formalização dos Contratos”.

O Art. 68, inaugural dessa parte da Lei, traz, como não poderia deixar de ser, a regra geral de que os contratos de que trata esta Lei são de direito privado, porque a maioria dos casos tem relação com as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividades econômicas.

O §1º do Art. 173 da Constituição Federal dispõe que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I -(omissis);

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Quanto às empresas públicas e sociedade de economia mista que prestam serviços públicos, como já demonstramos, devem obediência, quanto aos seus contratos (que são administrativos e não de direito privado) são aqueles previstos e disciplinados pelos artigos 54 a 80 da Lei nº 8.666/93 (Capítulo III – Dos Contratos, Seção I – Disposições Preliminares; Seção II – Da Formalização dos Contratos; Seção III – Da Alteração dos Contratos; Seção IV – Da execução dos Contratos; Seção V – Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos).

Na Lei nº 13.303/2016, a Seção I dispõe sobre a “*Formalização dos Contratos*”.

O Art. 68 dispõe que os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

O Art. 69 traz as cláusulas necessárias (ou essenciais) dos contratos disciplinados pela Lei:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;

VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

X - matriz de riscos (ver definição no inciso X do art. 42).

O §1º foi VETADO.

O §2º dispõe: *“Nos contratos decorrentes de licitações de obras ou serviços de engenharia em que tenha sido adotado o modo de disputa aberto, o contratado deverá reelaborar e apresentar à empresa estatal por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo”.*

O Art. 70 reza: *“Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

§1º *Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:*

I - caução em dinheiro;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária”.

- As garantias são as mesmas da Lei nº 8.666/93.

O §2º dispõe que a garantia não excederá 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições estabelecidas, ressalvado o previsto no §3º deste artigo.

O §3º reza: *“Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no §2º poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato”.*

O §4º determina que a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do §1º deste artigo.

O Art. 71 dispõe sobre a duração dos contratos.

A regra é que essa duração não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado".

O Art. 72 trata da "Alteração dos Contratos".

E diz que os contratos somente poderão ser alterados por acordo das partes (é contrato de direito privado), vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

O Art. 73 dispõe: "*A redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento, das quais não resultem obrigações futuras por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista*".

Parágrafo único. O disposto no caput não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e a exigência de recibo por parte dos respectivos destinatários.

O art. 74 é semelhante ao art. 63 da Lei nº 8.666/93.

Diz: "É permitido a qualquer interessado o conhecimento dos termos do contrato e a obtenção de cópia autenticada de seu inteiro teor ou de qualquer de suas partes, admitida a exigência de ressarcimento dos custos, nos termos previstos na Lei nº 12.527, de 18/11/2011 (Lei de Acesso à Informação Pública).

O art. 75 dispõe que as empresas estatais convocarão o licitante vencedor ou o destinatário de contratação direta para assinar o contrato, observados os prazos e as condições estabelecidas sob pena de decadência do direito à contratação.

O §1º: o prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período.

O §2º: É facultado à empresa estatal, quando o convocado não assinar o contrato no prazo e ver as condições estabelecidas:

I – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições da proposta do primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidades com o instrumento convocatório;

II – revogar a licitação.

O art. 76 contém uma norma semelhante à do art. 69 da Lei nº 8.666/93, ou seja, o contratado é obrigado, às suas expensas, de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, o objeto do contrato, com vícios, defeitos, ou incorreções, etc..

Art. 77 dispõe que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

O §1º dispõe que a inadimplência do contratado quanto aos pagamentos desses não transfere às empresas estatais a responsabilidade por seu pagamento, etc.

(Obs.: Trata-se de norma idêntica à do §1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, e, portanto, aqui se aplica também a Sumula n.º 331 – do T.S.T. – com a nova redação que lhe foi dada pela Resolução n.º 174, de 24.5.2011).

O §2º foi VETADO.

O Art. 78 dispõe que o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa estatal, conforme previsto no edital do certame.

§1º - A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

(Obs.: Trata-se de uma novidade não prevista na Lei n.º 8.666/93).

O §2º: É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II - direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou respectivos destinatários.

O §3º reza: *“As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta”.*

(Obs.: Esta norma repete o que é previsto no §3º do art. 13 da Lei n.º 8.666/93).

O Art. 79 dispõe: *“Na hipótese do §6º do art. 54, quando não for gerada a economia prevista no lance ou proposta, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado.*

Parágrafo único. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração do contratado, será aplicada a sanção prevista no contrato, nos termos do inciso VI do caput do art. 69 desta Lei”.

O Art. 80 dispõe: “Os direitos patrimoniais e autorais de projetos ou serviços técnicos especializados desenvolvidos por profissionais autônomos ou por empresas contratadas passam a ser propriedade da empresa pública ou sociedade de economia mista que os tenha contratado, sem prejuízo da preservação da identificação dos respectivos autores e da responsabilidade técnica a eles atribuída”.

A SEÇÃO II trata “DA ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS”.

O Art. 81 dispõe que “os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

(Obs.: O inciso I trata de empreitada por preço unitário; o inc. II, da empreitada por preço global; o inc. II – da contratação por tarefa; o inc. IV – da empreitada integral, e o inciso V, da contratação semi-integrada).

I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos (trata-se de hipótese idêntica àquela prevista na alínea “a” do inciso I do art. 65 da Lei n.º 8.666/93);

II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;

IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

*VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando *álea econômica extraordinária e extracontratual*".*

(Obs.: Trata-se do que a doutrina e a jurisprudência denominou de *"teoria da imprevisão"*, que foi introduzida na Lei n.º 8.666, de 1993, no seu artigo 65, II, alínea "d").

O §1º dispõe que o contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras,

serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

(Obs.: Trata-se de norma semelhante àquela prevista no §1º do art. 65. Porém, enquanto aqui, esses acréscimos ou supressões são de obrigatória aceitação pelo contrato, pois que se trata de norma exorbitante do direito comum, própria dos contratos administrativos, e que, portanto, devem ser de obediência obrigatória nos contratos celebrados pelas empresas estatais prestadores de serviços públicos, na Lei n.º 13.303/2016, óra sob comento, esses acréscimos ou supressões não são de observância obrigatória, pois estamos aqui tratando de contratos privados (a expressão “*poderá aceitar*” prevista no §1º do art. 81 denota esse aspecto).

O §2º prevê que *“nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no §1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes”*.

O §3º: *“Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º”*.

O §4º dispõe que: *“No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa estatal, pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados”*.

(Obs.: Essa norma é semelhante àquela prevista no §4º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93).

O §5º dispõe que *“a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”*.

(Obs.: Trata-se fato do príncipe, também previsto no §5º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93).

O §6º dispõe que *“em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa estatal deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”*.

O §7º repete o previsto no §8º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, dispondo que *“a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento”*.

O §8º vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

(Obs.: Esta é uma norma totalmente esdrúxula, pois autoriza aditivos alocados na matriz de riscos e que sejam de responsabilidade da contratada.

Nada pode ser introduzido no contrato que não digam respeito à exceção do objeto contratual, e, portanto, nada pode ser de responsabilidade exclusiva do contratado).

A SEÇÃO III trata “DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS”.

O Art. 82. Dispõe que *“os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando-se o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*

§1º - A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§2º - A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§3º - Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa estatal ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente”.

O Art. 83 trata das penalidades pela inexecução total e parcial do contrato quando então, a empresa estatal poderá, garantida a prévia defesa aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§1º - Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

O §2º dispõe que *“as sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis”*.

O Art. 84 acrescenta ainda que as sanções previstas no inciso III do art. 83 (suspensão temporária) poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

(Obs.: Nesta última hipótese há que fixar em Regulamento quais são os atos ilícitos praticados, para que fique efetivamente constituída a tipificação necessária dos ilícitos que levem à constituição da falta de idoneidade.

Não pode ficar aí ao alvedrio da cabeça do administrador considerar quando é que um determinado ilícito pode ser motivo de configuração de idoneidade.

O CAPÍTULO III trata “DA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE”.

Este assunto não será objeto da nossa presente manifestação, eis que nos preocupamos aqui, somente em, explicitar as questões licitatórias e contratuais da Lei n.º 13.303/2016.

Contudo sublinharemos alguns dispositivos desta parte interessam que sejam realçados (exemplos):

§1º do Art. 87 – “Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo a entidade julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §2º”.

O §2º dispõe: “Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”.

O Art. 88 traz a seguinte disposição:

“Art. 88 - As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão disponibilizar para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre

a execução de seus contratos e de seu orçamento, admitindo-se retardo de até 2 (dois) meses na divulgação das informações”.

O TÍTULO II nos traz as “DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS”.

De que diz com as Licitações e Contratos, destacamos as seguintes disposições:

Art. 91 – *“As empresas públicas e as sociedades de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei”.*

O §3º do Artigo 91 reza: *“Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput”.*

O Art. 92 traz uma inovação: *“O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ‘manterá banco de dados público e gratuito, disponível na internet, contendo a relação de todas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.*

O Parágrafo único dispõe: *“É a União proibida de realizar transferência voluntária de recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios que não fornecerem ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins as informações relativas às empresas públicas e às sociedades de economia mista a eles vinculadas”.*

O §2º do Art. 93 dispõe: “§2º - É vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição”.

O Art. 94 dispõe: “Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei”.

(Obs.: A Lei n.º 12.846/2013 – Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira).

O Capítulo III dispõe sobre a Responsabilização Administrativa, prevendo sanções nos incisos I e II do Art. 6º.

O Capítulo IV traz as Responsabilidades Judiciais. O Art. 19 traz as sanções respectivas, sendo que o inciso II, trata da suspensão ou interdição parcial das atividades; o inciso III trata da dissolução compulsória da pessoa jurídica e o inciso IV trata da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas e controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Essas sanções dos incisos II, III e IV, como vimos, não são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Art. 95 reza que “a estratégia de longo prazo prevista no art. 23 deverá ser aprovada em até 180 (cento e oitenta) dias da data de publicação desta Lei (a Lei foi publicada em 1º de julho de 2016)”.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

A Lei entrou em vigor nessa data.

** Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP).
Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental.*